

PROCESSO - A. I. Nº 147074.0002/14-9
RECORRENTE - A. S. DE ALMEIDA SANTOS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES (TRAMPOLIM) – EIRELI - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA DO ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0129-02/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0173-12/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, e restando caracterizada a infração, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96. Razões recursais insuficientes para a reforma do Acórdão. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, para exigir o recolhimento de ICMS e Multa no valor de R\$ 67.007,96, sob acusação do cometimento de 3 infrações, sendo objeto da irresignação as infrações 2 e 3, a seguir transcritas:

02 – 07.15.03 - Multa percentual, no valor de R\$946,21, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de maio de 2010, conforme demonstrativo à fl. 16.

03 – 07.15.05 - Multa percentual, no valor de R\$6.359,74, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de dezembro de 2010, fevereiro, outubro e dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 16 a 28.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, fls. 34 a 46, impugnou o auto de infração e, entre outros argumentos, alega que era optante pelo Simples Nacional, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração.

O Julgamento da Primeira Instância foi baseado no seguinte voto, em relação às citadas exações:

“VOTO

[...]

Infrações 02 – 07.15.03 e 03 e 03 – 07.15.05

O débito lançado nestes itens se refere a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls. fl. 16 a 28, inclusive demonstrado no cálculo da multa.

Cumprido observar, em atenção à legalidade do lançamento tributário, o que segue.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II."

Pelo que se vê, à época do fato gerador objeto deste item (2011), a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS era tipificada como infração à legislação tributária, cuja multa de 60% lançada neste item da autuação, foi para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(....)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O sujeito passivo em sua peça defensiva sustenta que por ser uma Empresa de Pequeno Porte – EPP, faz jus a redução de 20% sobre a antecipação parcial (art. 274 e 275 do RICMS 2012 ou §§ 5º e 6º do art. 352-A do RICMS 1997), e que tal benefício não foi considerado no levantamento fiscal.

Conforme informação do autuante, comprovada à fl.54, o autuado não faz jus ao aludido desconto, por ter sido desenquadrado da condição de EPP e ter passado à condição de empresa normal. Além disso, verifiquei no sistema da SEFAZ que consta no seu histórico de situação cadastral que desde o ano de 2007 encontrava-se na condição de contribuinte com apuração do imposto pelo regime "normal".

Quanto a alegação defensiva de que, no que pertine à competência de 04/2011, não foi considerada a Nota Fiscal nº 2.870, fl.50, está correto o autuante em sua informação de que a referida nota fiscal já havia sido considerada anteriormente no Demonstrativo da Antecipação Parcial à fl.17.

Nestas circunstâncias, restando caracterizado o cometimento das infrações, subsiste a aplicação das multas em questão.

[...]

Intimado do Julgamento o Contribuinte apresenta, tempestivamente, Recurso Voluntário onde, inicialmente, discorre sobre a revisão que reduziu o débito relativo à infração 1, sem contestar o valor resultante da exigência.

No entanto, impugna a manutenção das multas aplicadas pelas infrações 2 e 3, haja vista que, por sua feição confiscatória, ao seu ver, desrespeita ao entendimento esposado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Salienta que um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de multas com efeito confiscatório. Por isso, entende que a Administração, pelo dever de pautar suas decisões dentro da legalidade estrita, tem competência para apreciar matéria de cunho Constitucional, conforme decisões administrativas já adotadas em outros Estados da Federação.

Passa a transcrever o voto de uma Câmara de Recursos Fiscais, que conclui pela redução da multa em razão da aplicação do preceito constitucional e traz, ainda à colação textos de doutrina e jurisprudência que tratam da aplicação de penalidades que tenham efeito confiscatório.

Por fim, requer que o presente Recurso Voluntário seja julgado totalmente procedente para, reconhecendo a inconstitucionalidade da multa aplicada, seja determinada a sua redução para o percentual considerado legal pela mais alta Corte de Justiça, qual seja: 30% (trinta por cento).

VOTO

Observo que o Recorrente não se insurge quanto à Decisão Recorrida no tocante ao julgamento da infração 1 e da revisão que reduziu a respectiva exigência fiscal.

No entanto, com relação às multas aplicadas pelas infrações 2 e 3, se irresigna por considerá-las confiscatórias.

Infelizmente, embora eu concorde que as multas aplicadas nas infrações em comento podem realmente ser consideradas confiscatórias, devo julgá-las procedentes considerando que o recorrente descumpriu a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, fato que implica na cominação da multa de 60% sobre o valor do tributo não recolhido, conforme aponta a Decisão recorrida.

Ademais, conforme determina a alínea I, do artigo 125, do COTEB não se inclui nas competências dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Portanto este CONSEF não tem competência para apreciar matéria de cunho constitucional, a exemplo do caráter confiscatório das multas aplicadas ao Contribuinte e, em consequência, *determinar a sua redução para o percentual considerado legal pela mais alta Corte de Justiça, qual seja: 30% (trinta por cento)*, conforme requer o recorrente.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147074.0002/14-9**, lavrado contra **A. S. DE ALMEIDA SANTOS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES (TRAMPOLIM) – EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.441,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$7.305,95**, prevista no inciso II, “d”, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGEPROFIS